****

**به نام خدا**

**موضوع:**

نقش اخباری اعلام اراده

**نام دانشگاه:**

دانشکده حقوق دانشگاه شمال آمل

**استاد راهنما:**

جناب آقای دکتر سید حسن حسینی مقدم

**تهیه کننده:**

مهدیه خسروی مرزنگو

**شماره دانشجویی:**

991234015

**درس مربوطه:**

مدنی 1

**نیم سال اول 1399**

**نقش اخباری اعلام اراده**

**جناب آقای دکتر حسن حسینی مقدم[[1]](#footnote-1)**

استادیار حقوق خصوصی دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه مازندران و عضو هیأت علمی دانشگاه غیر انتفاعی شمال آمل

**مهدیه خسروی مرزنگو[[2]](#footnote-2)**

دانشجوی ارشد حقوق خصوصی ترم 1 دانشگاه غیر انتفاعی شمال

**چکیده:**

اعمال حقوقی از اراده نشاًت می گیرند، بدین معنی که شخص به طور ارادی آثار حقوقی را ایجاد می کند و قانون نیز آن آثار را به رسمیت می شناسد.

اینکه اراده نقش اخباری دارد یا انشایی موجب ایجاد آراء متعددی شده است.

پاره ای اساتید نقش اعلام اراده تنها در حد یک خبر و کاشف از اراده باطنی می دانند و عده ای آن را کامل کننده اراده طرفین عقد یا ایقاع می دانند و در واقع برای اعلام اراده نقش فراتر از کاشفیّت و ابراز اراده قائل اند و گروهی نقش بینابینی اعلام اراده را پذیرفتند اما تفاوت پذیرفتن اینکه نقش اخباری دارد یا انشایی در ایجاد اختلافات عدم مطابقت بین اراده باطنی و اراده ظاهری معنا پیدا می کند.

**کلید واژه: اعمال حقوقی\_ آثار حقوقی\_ نقش اخباری\_ اراده باطنی\_ عقد\_ ایقاع\_ نقش انشایی\_ اراده ظاهری**

**مقدمه:**

بارها و بارها در معاملات خود یا اطرافیان خود دیده اید که یکی از طرفین عقد برای دفع ضرر خود ادعا می کند اراده اعلام شده او خلاف اراده باطنی و قصد او بوده است و از این طریق با گرفتن حکم دادگاه به نفع خود سود جویی می کنند.

به علت نبود رویه ثابتی در ترجیح بین اراده باطنی و ظاهری و اختلافات نظرهای حقوقدانان موجد تشتت آراء دادگاه ها شد.

برای ایجاد اعمال حقوقی وجود اراده ضروری است ولی راجع به اینکه اراده باطنی سازنده اعمال حقوقی است یا اراده ظاهری و بیان شده اختلاف نظر است.

در این مقاله در پی آنیم ضمن بیان مفاهیم کلی اراده، اعلام، اخبار و انشاء به این سوال پاسخ می دهیم که اراده نقش اخباری دارد یا انشایی؟ و هر کدام از کدام نظریه حمایت کرده است، اراده باطنی یا ظاهری ؟ و ایرادات آن چیست؟ و در آخر به کدام نظریه باید روی آورد؟ به نظر می آید با توجه به آراء موجود اراده باطنی را ارجحیت داده و به تبع آن نقش اخباری را پذیرفته اند که در ادامه به درستی یا نادرستی آن و ایرادات آن خواهیم پرداخت.

انگیزه انتخاب این موضوع بررسی نتایج ناعادلانه است که ممکن است یکی از طرفین به طرف دیگر تحقیق کند. در این تحقیق عمدتاً از روش کتابخانه ای و در موارد محدودی از روش میدانی استفاده شده است.

در این مقاله در 2 فصل و 6 مبحث به این موضوع خواهد پرداخت.

**فصل اول : کلیات**

**مبحث اول : مفهوم اراده**

اراده در لغت به معنای قصد کردن و برگزیدن آمده است (راغب اصفهانی،1404،ص206)، اراده به معنی ارادت، خواستن، خواست، خواسته، خواهش، میل، قصد، آهنگ، کام، دهر آمده است (دهخدا،1368، ص232) و در اصطلاح فقه و اصول بعضی آن را به اشتیاق تامی می دانند که بعد از تصور و تصدیق حاصل می شود ( عراقی،بی تا، ص194) و عده ای آن را به شوق موکّد تعریف کرده اند (موسوی بجنوردی، 1371، ص115).

بنابراین اراده صفتی نفسانی و از مقوله کیفیت نفسانی می باشد (فیاض، بی تا، ص 17).

راغب اصفهانی می گوید : « و الاراده منقوله من راد، یرود اذا سعی فی طلب الشی ... و قد یراد به القصد، یریدون أی یقصدون و یطلبون » یعنی اراده از راد، یرود گرفته شده و به معنای سعی در طلب چیزی و گاه معنای قصد از آن فهمیده می شود. « یریدون » به معنای قصد می کنند و طلب می کنند است ( راغب اصفهانی، 1404، ص207).

با وجود تمام الفاظ به کار برده شده می توان گفت اراده در حقوق هم ردیف عمد و فعل ارادی به معنای فعل عمدی آمده است (جعفری لنگرودی، 1378، ص322).

**مبحث دوم: مفهوم اعلام**

اعلام در لغت به معنای اعلان کردن، آگاه کردن، با خبر ساختن، آگاهانیدن، واقف گردانیدن، مطلع ساختن آمده است ( دهخدا، 1368، ص302).

در اصطلاح حقوقی به معنای نشانه نهادن اخبار، خبر دادن آمده است (لنگرودی، 1381، ص481)

و همچنین باید دانست حقوقدانانی که قائل به جنبه باطنی قصد هستند اعلام را تنها وسیله کشف اراده باطنی دانسته و معتقدند اعلام به اراده جنبه خارجی و ظهور می بخشد البته عده ای خلاف این نظر را دارند و برای اعلام نقشی فراتر از کاشفیّت قائل هستند و معتقدند اراده با اعلام با هم پدید می آید ( حسینی مقدم، محمدی، 1398،ص33).

**مبحث سوم : مفهوم انشاء**

در بعضی فرهنگ ها قصد انشاء به معنی عزم، پیش گرفتن راه، اصابت تیر به هدف و شی مورد نظر تعریف گردید (اصفهانی، 1404، ص 4019).

انشاء در لغت به معنی پدید آوردن، خلق شده، اسم مفعول از ماده انشاء است و انشاء هر چیزی به معنای احداث و ایجاد و تربیت آن است ( بنیاد دایره المعارف اسلامی، 1382، ص1013) و همچنین در لغت نامه دهخدا تحت عنوان، آفرینش،بیرون آوردن از چیزی، سخن آفرینی، ایجاد معنا شده است ( دهخدا، 1368، ص 510).

در اصطلاح فقه و حقوق ایجاد یا ابراز معنا، مقابل اخبار را انشاء می گویند.

مشهور فقها انشاء را به ایجاد معنا با لفظ تعریف کرده اند، مانند ایجاد معنای فروختن با لفظ «بعت» و خریدن با لفظ « اشتریت»، لیکن برخی، آن را ابراز امر نفسانی دانسته اند ( خمینی، 1388، ص169).

**مبحث چهارم : مفهوم اخبار**

اخبار در لغت به معنای خبر دادن، آگاه ساختن آمده است ( معین، 1388، ص328 ) و همچنین در لغت نامه دهخدا اخبار، جمع خبر، آگاهی ها، اطلاعات معنا شده است ( دهخدا، 1368، ص158).

معنای لغوی خبر مطلبی است که برای آگاه کردن کسی یا کسانی می گویند یا می نویسند، اما در اصطلاح حقوقی و کلامی جمله خبری در مقام خبر دادن از ثبوت و یا نفی چیزی است که گاه مخالف و گاه موافق با واقع است و متصف است به صدق و کذب بنابراین صحیح است به قائل آن نسبت صادق یا کاذب دهیم ( قنبر طلب، 1394، ص2 ).

**مبحث پنجم : انواع اراده**

در تشکیل و انتقاد عقود و تعهدات ما همواره با عنصر ( اراده ) سروکار داریم که این اراده در عرصه عقود و قرارداد ها خود را به دو صورت نشان می دهد، اراده باطنی و ظاهری که امروزه تحت عنوان اراده اعلام شده و اعلام نشده کاربرد دارد که در زیر به آن می پردازیم.

**گفتار اول : اراده ظاهری ( اعلام شده )**

پیروان این نظریه اراده ظاهری را تنها ابزار اعلام اراده و کشف قصد نمی دانند و به صورت مستقل برای آن ارزش قائل هستند. این دسته در واقع اعلام را موجد اثر حقوقی دانسته و نقش سازندگی برای آن قائل هستند.

براساس این نظریه مدلول ایجاب و قبول، اماره ای قانونی بر قصد باطنی است که کسی حق ادعای اشتباه و اثبات خلاف آن اماره را ندارد.

طرفداران این نظریه، وسیله ی اعلام اراده را دلیل، کاشف و عنصر اصلی تلقی می کنند (سهنوری، 1998، ص103).

اراده ظاهری دارای ایراداتی است زیرا نقش اراده باطنی را نادیده گرفته است هر چند که کنوانسیون بین المللی هیچ یک از دو نظریه را نپذیرفته است.

**گفتار دوم : اراده باطنی ( اعلام نشده )**

اصل حاکمیت اراده اقتضا می کند که در تفسیر قرارداد به آنچه متعاقدین صریحاً یا ضمناً خواسته اند توجه شود و الفاظ قرارداد را تا حدی معتبر می دانند که مبین اراده واقعی طرفین باشد و اگر معلوم شود که مقصود طرفین غیر از چیزی است که ظاهر الفاظ و عبارات اقتضا می کند، اراده واقعی آنان باید در نظر گرفته شود و ملاک تفسیر قرارداد باشد ( آقایی بجستانی، روحانی مقدم، 1390، ص5 )، پیروان این گروه، اراده باطنی را بر ظاهری ارجحیت داده اند اما از آنجایی که اراده تا اعلام نشود و در عالم مادی ظهور پیدا نکند تطابق اراده با طرف مقابل ممکن نیست و موجب سوء استفاده می شود زیرا هر یک از طرفین در پی دفع ضرر از خود هستند.

در فصل بعد ضمن بررسی نقش اخباری و انشایی اراده به این موضوع خواهیم پرداخت که هر کدام از چه اراده ای حمایت کرده است.

**فصل دوم : نقش اخباری و انشایی اعلام اراده**

**مبحث اول: تابعیت اعلام اراده**

برای تحقق اعمال حقوقی اعلام اراده باید شکل گیرد، اما اینکه این اعلام اراده تابع اراده ظاهری بوده و نقش سازندگی دارد و یا تابع اراده باطنی بوده و نقش کاشفیت دارد، محل بحث است .

آیا اعلام تنها خبردهنده از آنچه اتفاق افتاده است می باشد یا جنبه انشایی دارد و عمل حقوقی بدون وجود آن ایجاد نمی شود؟

هر کدام از این دو فرض معایب و آثاری دارد که به علت محدود بودن مقاله ضمن اشاره به نقش انشایی، به نقش اخباری اعلام اراده خواهیم پرداخت.

**گفتار اول : نقش انشایی اعلام اراده**

عده ای اعلام اراده را سازنده عمل حقوقی دانسته و برای قصد ارزش آنچنانی قائل نیستند و تمام توجه آنان بر سر اراده اعلام شده می باشد حال یا از طریق گفتار یا نوشتار و یا اشارات فرقی ندارد.

پیروان این نظریه به امنیت معاملات و اصول حاکم بر روابط اجتماعی اهمیت دادند و بیان داشتند برای شخص ممکن نیست که قصد درونی اشخاص را احراز کنند و همچنین پیروان و طرفداران نقش انشایی معتقدند که اخلاق حکم می کند طرفین متعهد به الفاظی باشند که اراده می کنند و بنابر قاعده اقدام، امنیت معاملات، اصل صحت، حسن نیت و اصل مطابقت، ظاهر واقعیت صحیح است که اشخاص مطابق اعمالشان رفتار نمایند (حسینی، محمدی،1398، ص228 ).

البته با وجود اینکه این نظریه قصد را نادیده گرفته و همچنان عقود و معاملات را صحیح تلقی کرده قانون در مواردی خلاف این امر اقدام کرده و معاملات فاقد قصد را باطل شمرده است.

**بند اول : ایرادات نقش انشایی**

همانطور که بیان شده اراده زمانی نقش انشایی دارد که پدید آمدن و آفرینش اثر حقوقی بدون اعلام امکان پذیر نباشد و در واقع از اراده ظاهری حمایت کند.

لازم به ذکر است مطابق گفته های پیش معنا با لفظ ایجاد می شود اما ایراد این نظر این است که اگر آن را بپذیریم خلاف آنچه اعلام شده قابل اثبات نیست و رعایت شرایط اساسی صحت معامله مطابق بند 1 ماده 190ق.م که وجود قصد را الزامی می داند و همچنین ماده 190 و 1070 ق.م معامله فاقد قصد را باطل می شناسد قابل جمع با نظریه مذکور نمی باشد ( جعفری لنگرودی،1387، ص43 )، یا در ماده 464 ق.م که معاوضه را عقدی می داند که به موجب آن یکی از طرفین مالی را می دهد به عوض مال دیگری که از طرف دیگر اخذ می کند، بدون ملاحظه این که یکی از عو ضین مبیع و دیگری ثمن باشد در تمیز بیع از معاوضه باید دید قصد طرفین چه بوده است یا در ماده 758 قانون مدنی در عقد صلح آمده که طرفین رابطه حقوقی می تواند به تبعیت از قصد درونی عقد خود را در قالب صلح در آورند و مثال های مدیدی که در قالب این ایراد وجود دارد که به همین مقدار بسنده می کنیم (بیگدلی، مالکی، 1391، ص11).

**گفتار دوم : نقش اخباری اعلام اراده**

نقش اخباری اعلام اراده یعنی اعلام ابزار و وسیله احراز قصد درونی و کاشف از اراده باطنی است و اعلام تنها نقش خبری دارد مانند احکام دادگاه که بعضی اعلامی و بعضی انشایی هستند اراده را مانند احکام اعلامی دانسته و می گویند تنها از واقعیت بیرون خبر می دهد و می توان عنوان کذب یا صدق را بر روی آن نهاد و در واقع اخبار کننده وضعیتی که به وسیله اعلام جدیدی حاصل می شود را شرح می دهد، برای مثال وقتی شخصی بیان می کند که بدهی دیگری را ابراء کرده است یا امیر زمین کشاورزی خود را فروخت این ها اخبار هستند (موسوی خمینی، 1362، ص214) .

اراده را کاشف از اعلام می دانستند که از جنبه طریقت برای احراز برخوردار است ( نجفی، 1404ق، ص33 ).

در ظاهر و همچنین بنابر بعضی مواد قانونی مثل نقش اخباری عقلاً مانعی ندارد و همچنین فقهای زیادی در آثار خویش قصد را از امور قلبی دانسته و انعقاد عقد با هر لفظی که از آن اراده باطنی کشف حقیقت کند امکان پذیر می داند ( نائینی، 1417، ص28)، اما باید بیان داشت حتی پیروان این نظریه نیز از اعلام غافل نبوده و آن را در کنار اراده باطنی ضروری می دانند .

**بند اول : نقش اخباری از کدام نظریه حمایت کرده است؟**

نظریه تأثیر تامه قصد باطنی نقش کاشف برای اراده قائل است و اراده را در باطن شکل گرفته می داند و قبل از آنکه به مرحله ظهور برسد آن را کامل می داند از نظر برخی نویسندگان این نظریه مانند پیروان اراده باطنی بوده و تنها اعلام را مانند خبر از قصد و آهنگ درونی می دانند که این نظر نیز در فقه و حقوق موضوعه طرفدارانی دارد .

بنابراین همانطور که نقش انشایی از اراده ظاهری حمایت کرده است نقش اخباری هم از اراده باطنی حمایت کرده که بر هر دو ایراداتی وارد شد، اراده ظاهری را در مبحث قبل به آن پرداختیم پس در ذیل به ناکارآمدی نقش اخباری دانستن اعلام اراده خواهیم پرداخت.

**بند دوم : ایرادات و ناکارآمدی نقش اخباری**

از نظر جامعه شناسان همانطوری که می دانیم اراده باطنی نمی تواند توصیفی درست از زندگی اجتماعی به عمل آورد مگر اینکه ابتدا مفاهیم و معنای آن را درک کنیم که مردم در رفتار خویش به کار می برند ( گیدنز، 1391، ص922) .

نقش اخباری به تنهایی نظم جامعه و امنیت معاملات را برهم میزند بسیاری از نویسندگان و حقوقدانان مراحل اراده را شامل تصور و تصدیق، سنجش، رضا و در آخر قصد به معنای انشاء می دانند و هنگامی که تصمیمی به اجرا گذاشته می شود اعمال حقوقی شکل می گیرد و همچنین همانطور که بیان شد مقنن در برخی مواد توجهی به قصد درونی ندارد مانند مواد 217 ق.م و 1149ق.م که به وضوح این مسئله دیده می شود .

**گفتار سوم : نظریه بینا بینی اعلام اراده**

این نظریه به نظر منطقی تر به نظر می رسد زیرا هر دو نظریه دارای ایراداتی است که نمی توان بدون قصد یا بدون اعلام، اراده را شکل گرفته دانست .

قصد انشاء و اعلام به طور یکسان و همزمان در بروز اعمال حقوقی نقش دارند اما این نظر هم بنا به گفته دکتر حسینی مقدم و سام محمدی دارای ایراد است زیرا تصور نقش یکسان و همزمان اعلام و قصد انشاء دشوار است و میزان تأثیر آن دو مشخص نیست و در آخر حاکمیت اعلام اراده را در ایجاد اثر حقوقی پذیرفتند و بر این باور بودند که قصد انشاء به صورت مستتر در اراده اعلام شده وجود دارد و بررسی وجود واقعی قصد درونی را از دید عرف مرسوم و پسندیده نمی دانستند .

**نتیجه :**

در انشاء عقود اراده لازم است وآثار عقد در عالم واقع از طریق اراده انجام می شود، این که اراده چه طور شکل می گیرد، با اعلام و یا تنها با قصد باطنی اختلاف نظر بود که هر کدام ایرادات مربوط به خود را داشت و بیشتر حقوقدانان و فقها اعلام را در کنار قصد باطنی شرط اعمال حقوقی دانسته فلذا صرف قصد اخبار اگر چه مقرون به رضا باشد را کافی برای تحقق قصد ندانسته اند و پیرو نظریه حاکمیت اراده شدند .

بنابراین اگرچه نظریات مختلفی برای ماهیت اراده و نحوه شکل گیری آن از سوی فقها و حقوقدانان ارائه شد ولی به نظر می رسد همه ی تعاریف دارای ایراداتی بود و نظریه حاکمیت اراده نظریه پذیرفته تری بود که اعلام باید همراه با قصد باشد، اراده همزمان با اعلام شکل میگیرد و این اراده به صورت مستتر در اعلام قرار گرفته است و اراده را نقطه اتکاء و اعتماد مخاطب می دانند و اثبات خلاف آن را غیر اخلاقی و خلاف عرف تشخیص داده اند و معتقد بودند که وجود ترجیح اراده باطنی در قوانین جنبه استثنایی داشته است .

لازم به ذکر است این نظریه نسبت به نظریات دیگر با امنیت معاملات و نظم عمومی و همچنین اعتماد جامعه پذیرفته تر خواهد بود.

**منابع :**

1-آقایی بجستانی، مریم، روحانی مقدم، محمد، **قلمرو اراده باطنی در معاملات**، فصلنامه مطالعات فقه و حقوق اسلامی، مقاله، 1390 .

2-السنهوری، عبدالرازق حمد، **الوسیط فی القانون المدنی الجدید**، منشورات الحلبی، الحقوقیه، بیروت، 1998 .

3- بنیاد دایره المعارف اسلامی، **دانشنامه جهان اسلام**، ج3، چ12 ، تهران نشر دانشنامه جهان اسلام، 1382 .

4- جعفری لنگرودی، محمد جعفر، **حقوق تعهدات**، ج3،گنج دانش، تهران، 1387 .

5- جعفری لنگرودی، محمد جعفر، **ترمینولوژی حقوق**، ج5، چ2، انتشارات گنج دانش، 1381 .

6- جعفری لنگرودی، محمد جعفر، **مسبوط در ترمینولوژی حقوق**، ج1 ، دوره ی پنج جلدی تهران، انتشارات گنج دانش، 1378 .

7- حسینی مقدم، سید حسن، محمدی، سام، **آفرینش اثر حقوقی با اعلام اراده**، ج1، تهران، انتشارات مجد، 1398 .

8- خمینی، مصطفی، **کتاب البیع**، ج1، موسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، تهران، 1388 .

9- دهخدا، علی اکبر، **لغت نامه دهخدا**، ج 3، تهران، انتشارات فریاد، 1368 .

10- راغب اصفهانی، حسین بن محمد، **مفردات الفاظ القرآن**، بیروت، ج 2 دار المعرفه 1404ق .

11- راغب اصفهانی، حسین بن محمد، **المفردات فی غریب القرآن**، دفتر نشر الکتاب، بی جا، 1404 ق .

12- عراقی، ضیاء الدین، **نهایه الافکار**، بی جا، موسسه الوفاء، بی تا .

13- فیاض، محمد اسحاق، **محاضرات فی الاصول**، بی جا، موسسه نشر اسلامی، بی تا .

14- قنبر طلب، علی، **تفاوت انشاء و خبر**، پژوهش مدرسه علمیه منتظریه، مقاله، سال 1394 .

15- گیدنز، آنتونی، **جامعه شناسی**، ترجمه چاوشیان حسن، چ7، تهران، نشر نی ، 1391 .

16- معین، محمد، **فرهنگ فارسی معین**، موسسه انتشارات امیر کبیر، تهران، 1388 .

17- موسوی خمینی، سید روح الله**، اراده و طلب**، ترجمه فهری، احمد، ج1، تهران، 1362.

18-موسوی بجنوردی، سید میرزا حسن، **منتهی الاصول**، نجف، 1371ق.

19-نائینی، محمد حسین، **فوائد الاصول**، ج3، دفتر انتشارات اسلامی، قم، 1417ق.

20-نجفی، محمد حسن، **جواهر الاکلام**، ج35، چ7، بیروت، دار احیاء العربی، 1404ق.

1. S.h.hoseinimoghaddamgmail.com [↑](#footnote-ref-1)
2. Khosravi.mahdiye74@yahoo.com [↑](#footnote-ref-2)